

法債権編修正から日本民法（債権法）改正を考える

（国立台湾大学法律学院教授）

陳 自 強*

共訳…長 坂 純**
周 作 彩

に

法債権編の修正

修正の必要性

改正の特色

目 一 二 三 四 五

一
は

本日は、世

に
たる歴史ある明治大学を訪問し、本

報告を契機に先輩諸氏にご教示を請う機会をいただきました。まことに光栄に存じます。私が民法学の研究に身を投じてから一七年近く経ちますが、大学院生時代の研究テーマはいずれも伝統的な民法領域に属するものではありません

ん。修士論文「訴えの取下げ契約」は実体法と手続法との交差領域とはいえ、どちらかといえば民事訴訟法に重心をおいたものであります。博士論文「国際貿易における間接銀行担保」は、Canaris教授の指導の下で書かれたものではあります。論文の内容はドイツ銀行契約法または国際貿易法に関するものであり、民法そのものに関するものではありません。博士号を取得後、台湾に戻って大学に就職し、民法財産法各編の講義科目を担当することになり、その時から始めて真面目に民法学と向き合うことになったのであります。ドイツ民法に対する理解の不足を補うため、就職してからの相当期間、主にドイツ法文献の研鑽に時間を費やしてきました。近年になって、世界各国の契約法が徐々に統一の方向に向かいつつあることを実感し、比較法研究の意義および重要性は単に外国法を認識するためのみにとどまらず、国際間の契約法の発展の方向性を理解するためにも必要不可欠であり、私の関心もヨーロッパおよび世界各国の契約法の発展の動向に向けられるようになりました。

日本と台湾は昔から密接な関係にあり、台湾の法律家は日本法の発展の動向にきわめて高い関心をもっております。

私も日本債権法改正の作業がいよいよ始動したと知った時は、すぐにその詳細について伺いたいと思ったのであります。昨年（二〇〇九年）、北海道大学に客員研究員として一ヶ月間の滞在が許され、七月三日に「台湾民法の一〇〇年」と題して民法研究会で報告させていただいた際に、藤原正則教授から『民法債権法改正の基本方針』という本をいただき、日本債権法改正の具体的な内容についてますます関心を抱くようになりました。その時は、瀬川信久教授にもご教示を賜りました。今年になりまして、日本交流協会と住友基金の助成により、四月から「日本における債務不履行の発展の新動向」を研究テーマとして東北大学に客員研究員として滞在することになり、渡辺達徳教授と小粥太郎教授にご教示をいただく機会があり、多くのことを学ばせていただきました。本日の報告では、この間、日本債権法改正関連文献を読んで得られた卑見をお話しさせていただきます。今回の研究留学の機会を得てはじめて本格的に日本民法の文献に接することができ、日本民法に対する理解が甚だ浅薄であるために、日本法の発展に関する私見は、誤解なきを免れず、さらにはとんでもない誤りを多々含んでいるかもしれないことをあらかじめお断りし、ご来

場の皆様にご教示をいただきますれば幸いに存じます。

それでは、本日の報告のテーマ「台湾民法債權編修正から日本民法（債權法）改正を考える」に戻ることにいたします。台湾の現行民法債權編は一九二九年に制定され、一九三〇年五月五日に施行されました。しかし、台湾では、一九二三年一月一日から親族・相続に関して引き続き台湾の慣習を援用することを除き、日本民法が適用されてきました。中国大陆で制定された中華民国民法は、一九四五年十月二五日からはじめて台湾の現行法になったのであります。民法各編の中でもっとも頻繁に修正を加えられたのは親族編であり、その他の各編の修正は民法の主管機関の計画のもとで段階的に行われました。一九八二年の総則編の修正、一九八五年の親族法および相続法の修正の後、債權編の全面修正に入りました。わが国の債權編修正は文字通りの債權編修正であり、法定債權の関連事項も修正対象であり、不法行為法にもいくつかの重大な修正が行われました。台湾に比べて、日本の債權法改正は、動きが比較的ゆっくりしています。日本私法学会が一九九八年に「日本民法二〇〇年と債權法改正の課題と方向」をテーマにシンポジウムを開催し、債權法改正の議題を取り上げて以後、債權法

改正の時代はいよいよ訪れました。日本私法学会が相次いで研究会を開催したほか、二〇〇二年に内田貴先生主導のもとに設立された民法改正委員会も若干の研究成果を発表しました。二〇〇六年、日本法務省は、債權法を中心に民法典の改正を全面的に検討することを決め、同年十月「民法（債權法）改正検討委員会」（以下、検討委員会という）を設置し、予定通り二〇〇九年三月に検討を終え、『債權法改正の基本方針』と題する同委員会の債權法改正試案および提案要旨（以下、試案と略称）を公表しました。もとより民法改正を目指す学術研究団体は、検討委員会に限られるものではなく、たとえば加藤雅信先生を中心とする「民法改正研究会」も二〇〇九年一月一日に「日本民法改正試案・仮案⁽¹⁾」を発表し、椿寿夫先生が主催する「民法改正を考える」研究会も二〇〇七年六月から民法典改正に関する議題について広く意見交換を行ってきました。⁽²⁾しかし、後に述べるように、検討委員会は、学術団体と称しながら、法務省が終始それに関与し、政府の意思が加わっているといっても言い過ぎではありません。そのため、その設置の日から法学界の衆目の集まるところとなり、あたかも「ヨーロッパ民法典研究団体」(Study Group on a European Civil Code)

および「現行ヨーロッパ共同体私法研究団体」(European Research Group on Existing EC Private Law) が公表した「共通参考枠組み草案」(Draft Common Frame of Reference, DCFRと略称) がヨーロッパ共同体執行委員会の委託・援助によるものであるのと同じように、その政治的色彩を拭いていくことはできず、⁽³⁾その他の学術団体の努力はこれに比べてどうしても影響力が劣ることになります。これがために、二〇〇六年以来、民法改正とりわけ債権法改正の議題は、日本民法学界を席卷し、⁽⁴⁾全国総動員の勢いを呈し、空前絶後の事態となっております。⁽⁴⁾議論の焦点も次第に検討委員会の検討対象事項に収斂しつつあるようであります。

検討委員会の検討範囲は形式的意味での債権法に限定されておらず、むしろ実質的な意味での契約法であることから、比較の便宜上、また私の能力と時間に限界があり、台湾の物権法および不法行為法の修正についてはすでに昨年北海道大学にて口頭報告した⁽⁵⁾ことなどを考慮して、本日の報告は、契約法の分野を中心にお話しさせていただくことにいたします。

二 台湾民法債権編の修正

(一) 修正理由

台湾民法債権編の制定は主として法律の継受として行われました。立法者は、賢明にもドイツ民法の債権法を基軸として、可能な限りフランス法の影響を排除したことで、台湾民法がドイツ学派とフランス学派との対立に直面することがないようにしました。一九二九年六月五日、中央政治会議は、民商法画一議案審査報告書を議決し、些かのためらいもなく当時においては珍しく民商合一の立法例を採用しました。これを受けて、起草者は、債権編—各種の債権—出版契約(民法五一五条)以降において、スイス債務法の規定を継受し、五ヶ月後に債権編の立法作業を完成させました。全体的に見て、台湾民法債権編の立法水準はおおよそ中より上程度のレベルには達していたように思います。法律の制定は通常少数の起草者の法学レベルに左右されるのに対し、法律の修正は当該国の法学の発展の現状と水準を反映することができます。大規模な債権編修正にお

いては、当該法律学コミュニティの学界や実務界の重鎮が主導的な役割を果たすだけでなく、通常、当該分野のその他の研究者、実務家および利害関係者（stakeholders）の関心や批判を広く集めることにもなり、その直面する困難の程度は、法律の制定に比べて増すことはあっても劣ることはありません。

台湾民法債権編の修正理由は、政府の公式説明によれば、概略次のとおりであります。すなわち、民法債権編が一九二九年一月二二日に公布されてから今日に至るまで、その間の政治的環境、社会構造、経済的条件ないし世界情勢はいずれも重大な変化を生じ、そもそも農業中心の生活形態に立脚した民法債権編の規定は確かに社会の必要に應えることができなくなりました。また、長年の適用の経験に照らして、いくつかの不適切または不備なところがあり、これらを修正する必要があります。そこで、民法を主管する行政主管機関は、民法学者および実務家に委嘱して民法研究修正委員会を設置し、一九七六年十月から研究に着手し、三度の試案を経て、ようやく修正草案を作成しました。一九九九年四月二一日に、修正は公布され、二〇〇〇年五月五日に施行されました。オランダでは、一九四七年に *Meijers*

教授が委嘱を受けてオランダ民法典の全面改正に着手してから、民法典の最重要部分、すなわち物権編および債権編（第三、五、六編および第七編の一部）の修正が完成したのは一九九二年であり、四六年間もの時間がかかっております。これに比べて、台湾政府が一九七六年に債権編修正に着手してから修正が完成するまで、オランダの半分の時間しかかからず、必ずしも動きが遅いとはいえないでしょう。

台湾民法債権編の修正において、加除改廃した条文数はあわせて二三四か条にも達し、旧条文数の約三八パーセントを占め、外観的には修正の幅はかなり大きいようにみえます。内容的には、今回の債権編修正は、法政策的に実質的意味のある重大な修正、取引上の典型的契約類型の有名契約化と現行法の枠組みの範囲内の修正、の三つに大別することできるように思います。⁽⁷⁾ 現行法の枠組みの範囲内の修正とは、すなわち現行法を修正しなくとも、解釈の操作によって同様な目的を達することができるものをいいます。この類の修正は、法典に明文がなく、判例法によって形成発展させられた膨大な規範群を再法典化（Recodification）したものであります。事実上、これが台湾民法債権編だけでなく、オランダ、ドイツ民法債権編修正の最も主要な動

機であり、⁽⁸⁾検討委員会の設置の趣旨の一つともなっております。以下、台湾民法債権編の修正の中でも紹介する価値のあるものをいくつかの点に分けてお話しいたします。

(二) 特別法に關係する修正

特別法に關係する修正は、内田貴先生の言葉によれば「再法典化」⁽⁹⁾とも呼ぶことができるかもしれません。特別法の規定を民法典に取り込み、しかしその特別法の性格を変えないものを、試案では「統合」と呼び、特別法の規定を契約の一般原則に格上げするものを「一般法化」と呼んでおります。試案は、消費者契約法四条の不実表示ルールの適用範囲を事業者間契約にまで拡大する〔1.5.15〕のは一般法化のもつとも重要な例証であり、断定的判断〔1.5.18〕と困惑〔1.5.19〕を民法の中に取り込んだのは統合の例といえましよう。

台湾民法債権編の特別法と關係のある修正においても、「統合」に相当するものがあります。例えば、民事訴訟法に規定されていた事情変更の原則を削除し、それを民法（二二七条の二）の中に取り込んだのはこれに該当しまししょう。

宅地賃借人は地上権者として登記することを請求できることおよび宅地賃借人の優先買取権については、土地法一〇二条、一〇四条に既に規定があるにもかかわらず、土地法の条文を削除することなく、債権編修正ではほぼ同様の条文を四二二条の一、四二六条の二に置いたのは、「統合」に類似したものであります。このほか、「一般法化」に類似した修正もあります。例えば、定型化契約（債権編立法者はこれを附合契約と呼ぶ）に関する規制は、もともとと消費者保護法（一一条以下）の重要課題であります。債権編修正は二四七条の一に定型化契約の効力に関する規定を置きました。しかし、消費者保護法の規定が削除されていないため、定型化契約の内容規制に関する民法と消費者保護法の規定は、曖昧で不明確な關係になっております。

(三) 法律行為の性質に關係する修正

1 懸賞広告

債権編修正のもう一つの特色は、法律行為の法的性質に関する学説上の争いを解決し、またはある学説の主張を貫くために行われたものが少なからずあるということであり

ます。台湾における懸賞広告の規定は、ドイツ民法のように各種の債権（六五七条以下）ではなく、スイス債務法（八条）および日本民法（五二九～五三二条）の例に倣って契約成立の一般規定（一六四、一六五条）の中に置かれています。規定の体系的な位置からみて、懸賞広告は、スイス、日本および台湾では、契約の一種と解すべきでありませんが、スイスの通説は単独行為説を採り、⁽¹⁰⁾日本では従来は契約説が多数説であり、近時単独行為説が有力になりつつあります。⁽¹¹⁾ドイツの学説は、懸賞広告は単独行為であると一致して認めています。台湾では、ドイツと日本の伝統的学説の見解の狭間の中で、両方の学説が各自の見解を堅持し、債権編修正立法者はこの争いを立法によって解決するほかないとして、特に修正理由において契約説を明示したのであります。しかし、私は、この修正は実際問題の解決に関係がなく、大して実益がないと考えております。⁽¹²⁾懸賞広告の法的性質について、日本の検討委員会がその争いに介入しないのは、賢明な選択というべきでしょう。⁽¹³⁾

2 要物契約

二つめの重要な点は、要物契約に関係する修正でありま

す。債権編修正前の四六五条は、「使用貸借は、借用物の交付によって効力を生じる。」と規定しています。消費貸借についても、四七五条において同趣旨の規定があります。しかし、この二つの条文は、物の交付を貸借の効力発生要件としているのであって、契約の成立要件とはしていません。それ故に、当時の通説は、台湾民法上の貸借はもはや厳格な意味での要物契約ではないと主張しました。債権編修正立法者は、貸借は本質上要物性を有し、もし法律の規定がこの要物性の性質と齟齬を生じているならば、法律を修正する必要があると考えました。そこで、前記二条文を削除し、立法理由において貸借の要物性を確認するとともに、貸借の予約（四六五条の一、四七五条の一）の規定を新たに設け、長い間学説に委ねられていた予約制度を法律上正式に認めたのであります。貸借の要物性と予約が同時に承認されたのは、日本法の影響を受けたものであるように思われます。⁽¹⁴⁾しかし、広中俊雄先生の指摘するように、消費貸借を要物契約とみると、消費貸借の予約の効力を承認することとは、本来相矛盾するものであります。⁽¹⁵⁾改正試案も貸借の要物性を否定しましたが、⁽¹⁶⁾検討委員は消費貸借の予約に依然未練があるようであります（試案【3. 2. 6. 04】

乙案)。

3 公証の法定方式の導入

民法制定時には、契約の法定方式は書面のみであり、重要な私的財産である不動産の取引については、七六〇条に「不動産物権の移転および設定は、書面をもつてしなければならない。」とだけ定めています。ここにいう書面とは、債権行為の書面を指すと主張する学者もありますが、通説および判例はこれを物権行為の書面と解しています。債権編修正は、従来の見解を肯定する一方、ドイツ民法における不動産債権契約の公証制度(三一―B条)を民法に導入し(二六六条の一)、公証を効力発生要件と規定するとともに瑕疵治癒の規定も併せています。この規定は可決されましたけれども、代書業者の強烈な反対と公証人の不足等の理由により、修正法施行の直前になって、該条の施行は停止されました(債権編施行法三六条二項)。したがって、台湾現行法における不動産売買は依然として不要式契約であり、取引に重大な影響を及ぼすこの修正の施行はまだ遙か遠い将来を待たなければならないようであります。

(四) 給付障害法の修正

1 不完全給付の明文化

債務不履行についてドイツ債権法と相当の距離をもつ日本でも、伝統的見解によれば、債務不履行は、履行遅滞、履行不能と不完全履行の三つの形態に分かれるとされてい(17)ます。台湾における債務不履行の形態は、法律に明文の規定がある給付不能と給付遅延のほか、不完全給付も早くから台湾の通説によって認められていました。ただ法律に明文の規定があるか否かに関して争いがあり、不完全給付が權威ある実務の見解によって確認されたのは一九八八年最高裁判所の七七年第七回民事総会における不完全給付と物の瑕疵担保との関係に関する決議であります。台湾の民法学説は、不完全給付を瑕疵給付(不完全給付により給付利益に損害をもたらした場合)と加害給付(固有の利益侵害、たとえば家具店が家具を運搬する時に不注意により買受人の絨毯を傷つけたような場合)を区別し、前者については、追完が可能か否かによって給付遅延または給付不能の規定を類推適用し、後者については、損害賠償を請求できるとしてい

ます。債權編修正は、このような学説・判例の発展の結果を明文化しました。しかし、ドイツの積極契約（債權）（侵害理論においてもっとも重要な「義務違反（Pflichtverletzung）」の概念は、台湾債權編修正においてそれほど重要視されてはいません。

また、一九九九年債權編修正以前では、契約による損害賠償請求については、非財産上の損害賠償を請求することができるとする規定も、間接的被害者が損害賠償を請求することができるとする規定もなく、例えば医療過誤により患者が死亡し、被害者の家族が慰謝料および扶養を受ける権利を失ったことの損害賠償を請求しようとする場合のように、非財産上の損害賠償を請求しようとする者または間接的被害者は、不法行為の規定によって主張しなければならないことになりません。そこで、債權編修正では、明文をもって加害給付の形態を確認した（二二七条二項）だけでなく、さらに二二七条の一において、生命、身体・健康およびその他の人格的法益を侵害された場合には、損害賠償及び消滅時効に関する不法行為法の特別規定を準用すると規定しました。その結果、人格的法益を侵害された場合、同時に不法行為責任と契約責任の規定に該当するとしても、法

律上の効果にさしたる違いはありません。この修正は、ドイツが二〇〇二年に損害賠償について加えた修正と趣旨を同じくするものでありますが、台湾が一步先じた格好になります。⁽¹⁹⁾

2 契約締結上の過失に関する一般規定の制定

債權編修正以前においては、台湾最高裁判所は、契約締結上の過失を一般法原則として認めていませんでした。日本では、ドイツにおける契約締結上の過失理論の発展について早くからその詳細が知られ、詳しく紹介が行われただけでなく、少なからずの学者はさらに解釈論を通じてそれを日本民法に導入しようと企図しました。⁽²⁰⁾しかし、これを一般法原則として承認すべきか否かについては、学説はいまなお多くの疑義をもっています。⁽²¹⁾日本民法に比べ、台湾民法には、ドイツにおける契約締結上の過失理論が容易に開花結実する土壌があります。なぜなら、台湾の不法行為法の構造はドイツのそれとかなり近いものであり、台湾民法には、ドイツの錯誤取消の損害賠償（ドイツ民法一二二条二項）、原始的客観的給付不能の損害賠償（旧ドイツ民法三〇七条）、無権代理人の損害賠償（ドイツ民法一七九条）

など、Merting の理論に基づいて設けられた諸規定に類似的規定（九一、一一〇、二四七条）を見出すことができるからです。これは、日本の民法には無権代理人の責任についての明文の規定（一一七条）があるのとはまったく事情が異なります。債権編修正立法者が、ドイツ法の発展を受け継いで、契約締結の話し合いの当初から当事者双方が互いに保護義務（契約前義務）を負い、一方による当該義務違反を帰責事由として他方に損害を与えた場合に損害賠償義務を負うと規定すれば、母法に最も忠実であるといえます。しかし、修正二四五条の一は、次のように規定しています。すなわち、

① 契約が未だ成立しない場合において、当事者は、契約を締結するための準備または協議をするに当たって左に掲げる状況の一つに該当するときは、過失なく契約の成立を信じたことにより損害を被った他方の当事者に対し、損害賠償責任を負う。

一 契約に重要な関係を有する事項について他方の質問に対して悪意をもって隠匿しまたは不実の説明をしたとき。

二 他方の秘密を知りもしくはもっている場合であつ

て、その秘密を保持すべき旨の他方の明白な意思表示があるにもかかわらず、故意または重大な過失によりそれを漏洩したとき。

三 その他明らかに誠実および信義の方法に違反したとき。

② 前項の損害賠償請求権は、二年間これを行使しないことにより消滅する。

この規定は、しるしでドイツの契約締結上の過失理論の精神を受け入れましたけれども、第一項第一号および第二号においてドイツの契約締結上の過失責任にない要件（ドイツ民法三一一条二項および三項参照）を加えることによって、ドイツの特効薬には必ず副作用があるとして、特別にその用法用量に制限を設けたのです。他方、同三号において概括条項を設け、契約締結上の過失責任の成立に門戸を開き、学説・判例の発展にきわめて大きな空間を残しました。王澤鑑先生がこの規定を「台湾の特色ある契約締結上の過失制度⁽²²⁾」と評されたのはもつともなことといえましよう。この規定の施行後、判例の蓄積はまだ多いとはいえませんが、ドイツの契約締結上の過失に関する学説判例は、ドイツ文献に多少とも通じる学者の主導の下、学説の発展を

通じて上述の概括条項の門から堂々と台湾に入ってくるかもしれません。

(五) 有名契約類型の増設

1 旅行契約

債權編修正のもう一つの重要な点は、疑いもなく有名契約類型の増設です。旅行契約の増設は、規範体系におけるその位置（請負の後ろ）からみても、また規定の具体的内容から見ても、概ねドイツ一九七九年旅行契約法（ドイツ民法六五一a条以下）の面影が見られます。ドイツ旅行契約法の規定は、旅行客を保護する趣旨から、旅行契約に関する規定は強行性をもつと明文で定めています（六五一m条）。私は、台湾の立法者が旅行契約を明文化したのも同じ趣旨に出たものと考えています。旅行契約の規定の中には、台湾の特色を有するものもあります。旅行者の人身事故処理義務に関する五一四条の一〇、購入物品の処理協力義務に関する五一四条の一（旅行者が旅行客に特定場所での買い物を手配し、そこで購入した物品に瑕疵があるときは、旅行客は、購入物品を受領してから一カ月以内に、旅

行業者に対しその処理に協力するよう請求することができる。」がそれです。しかし、例えば日本で商品を購入して、帰国後に瑕疵あることを発見した場合、旅行者がどの程度まで処理すれば義務を果たしたと認められ、旅行客に対し債務不履行の責任を負わなくてもよいのかについては、答えは必ずしも容易ではないようです。⁽²³⁾

2 合会契約

合会は、民間における金銭の貸借融通の手段としては海外から輸入したものではなく、清の統治期に台湾ではすでに民間において盛んに行われていました（会、会仔）。日本統治期には、日本内地人により日本から合会に類似した「講」、「無尽講」、「頼母子講」が持ち込まれました。戦後、合会は、台湾民間における資金融通の手段として重要な地位を占め、一九八〇年代には会の破綻が後を絶たず、立法による規制の必要が叫ばれてきました。しかし、ヨーロッパの成文法諸国には立法前例がなく、日本に類似のシステムはあっても、立法が存在しないため、合会の有名契約化は、旅行契約のようにドイツの既製品を参考にする事ができず、また英米における信託の成文法化のように日本の

経験に学ぶこともできません。合会の有名契約化は、ヨーロッパ大陸民法を継受したのではなく、台湾製 (Made in Taiwan) のものです。ただ、日本統治期以来の日本の学説・判例の発展は、台湾の合会制度の法制化にとって一定の影響を及ぼしたと思います。

3 身元保証

身元保証人は、ほとんど例外なく、親族・友人・師弟の情誼等から、その親族・弟子・友人(被保証人)の職務上の不当な行為によって雇主に損害を与えた場合に賠償責任を負うことに同意(もしくは拒むことができずやむなく同意)しています。スイス債務法は早くから職務または雇用保証(Amts-oder Dienstbürgschaft)について規定していますが(五〇三条二項、五〇九条三項、五二二条)、台湾民法制定時にはそれを継受しませんでした。日本民法も同様にこれについての規定がありません。しかし、この種の保証に関する事故が一旦発生すると、保証人には多大な負担を強いることになります。日本は、いち早く一九三三年に「身元保証に関する法律」を制定し、保証人の責任を軽減しています。台湾では、債権編修正時、保証人に利益がなく、しかし

一夜にして巨額の債務を背負うことになることがありうるこの種の保証について、立法で明文をもって身元保証を禁止すべきであるとする提案もありましたが、最終的には妥協の結果、保証人の賠償金額は事故発生時における被用者の当該年度の得られる報酬の総額を限度とする旨の規定を増設しました(七五六条の二第二項)。日本の前掲法律は、総額の制限規定がないものの、第五条において裁判所は雇主の過失の有無等の一切の事情を斟酌して保証責任およびその金額を定めると規定しています。同趣旨の規定は、台湾民法七五六条の六第二号にもみられます。すなわち、使用者が被用者の選任または監督につき過失があったときは、裁判所は賠償金額を減額または免除することができ、債権編における身元保証の増設が日本の前掲法律を倣ったものかどうかについては、ここで詳論することができません。しかし、修正時にそれを参考にしたことは、使用者の通知義務に関する民法七五六条の五と日本前掲法律三条の規定とを比較してみれば、自ずと明らかになるでしょう。

三 契約法修正の必要性

(一) 台湾契約法の再生？

台湾民法債權編は、少なくとも一八〇四年のフランス民法、一八三八年のオランダ民法、一八九八年の日本民法あるいは一九〇〇年のドイツ民法（いずれも施行年）に比べたら、それほど古いものではありません。中華民國民法は、中国大陸時期においては、戦乱が頻発し、法制度の基礎が脆弱なため、実際の適用事例が少なく、裁判官の法創造能力も低く、法典以外の判例法体系は国民党政府が台湾に逃れて安定するようになってから徐々に形成されてきたものであります。中華民國民法が台湾で施行されて（一九四五年）から、民法修正の課題が提起されるまで三〇余年に過ぎず、債權編修正の完成まで数えても五四年に過ぎません。台湾の民法学説は教科書の著述を中心とする初期の「教科書法学」から始まり、徐々に論文や専門著書が増え、質量ともに長足の進歩を遂げました。しかし、論文（報告者自身のものも含めて）の中には、比較法の名を借りた外国学

説の継受（盗作）で、国籍不明のものが少なからずあります。私見では、台湾の民法学説は、法典を内在的に支える法学理論または法の基本原則についての認識を深める必要があり、法律継受の沿革由来についてもさらに掘り下げて検討する必要があると考えております。このような状況のもとで、債權編の修正が、台湾契約法学説および契約実務の水準を短期間に一段上のレベルに引き上げることのできる特効薬となりうるのでしょうか。

私の個人的な印象では、債權編修正の過程においては、学界および実務界の議論は多くなく、修正成立後に始めて紹介または論評的な文章が増えました。修正から瞬く間に一〇年が過ぎ、債權編修正に対する全体的な評価は、当然それに続くその後の学説・判例の発展をも視野に入れて行われなければなりません。しかし、これは、報告者の能力および時間の関係でとうていここできると言うようなことはありません。以下は、台湾契約法に関する報告者の極めて皮相的な観察に過ぎません。

台湾民法における契約法の規範は、母法のドイツ法と同じく、民法総則の法律行為、債權編通則および各種の債權の中に分散して存在しています。また、台湾の法定債權が

すべて債権編通則のうちの債権の発生において規定されているため、債権編第二章の各種の債権はいずれも意思による債権を定めたものです。⁽²⁴⁾台湾の民法総則における法律行為の章がドイツ民法から受けた影響の程度は、日本に比べて遥かに大きいものがあります。一九八二年における総則の修正の際には、重大な修正がほとんど行われませんでした。債権編通則の修正は、枝葉の修正が多く、懸賞広告の法的性質に関する論争に決着をつけることが主要な修正内容の一つとされ、不動産債権契約の公証に関する規定は未だ日の目を見ることができません。債権編通則の最も核心的な部分である債務不履行については、重要な意義をもつ修正は、不完全給付と契約締結上の過失を増設したことにほかなりません。この二つの修正は、現代化以前のドイツ債権法の理論を継受したものではありませんが、前者は実際にはドイツの積極的債権侵害論を日本が消化した後の不完全履行を明文化したものであり、後者はドイツでの発展と全く同じではなく、今後実際にどのように適用されるかはさらなる観察が必要です。

債権編各論については、三つの新しい契約類型が新設され、確かに実務上の若干の問題に解決が示されました。し

かし、八〇年代からすでに台湾に根付いたファイナンス・リース (financial leasing) については、日本の改正試案 (第七章) のように鳴り物入りで大々的に規制の対象とすることはせず、もともと伝統的な銀行業務である預貯金業務および非現金支払い方式 (振込、振替等) に至っては一言も触れていません。他方、民法制定時からすでに有名契約の規定、とくに民商分離の国において商法典に規定されているものについては、現代化を図っていません。例えば、わが国民法制定時からある消費貸借 (四七四・四八一条) は、スイス債務法の装いをつけていますが、内容的には日本法の規定のいくつか (日本民法五八七、五九〇、五九一、五九二条) とドイツおよびスイス債務法の一部 (スイス債務法三二七条一項) とを織り混ぜて多少色直しを加えて制定されたものです。債権編修正において準消費貸借を増設したのも、日本民法五八八条の立法例に倣ったものであります。⁽²⁵⁾しかし、もし金銭貸借が消費貸借の最も主要な適用対象であり、瑕疵のない物と種類・品質・数量の同じ物とをもって返還する旨の規定 (台湾民法四七六、四七九条、日本民法五九〇、五九二条、改正試案 [3. 2. 6. 07-09]) は基本的に現行法の規定を維持する模様) がもはや規制でき

ないとすれば、それを現代化する必要があるのではないでしょう。もう一つ例を挙げれば、經理人はもともと商事補助人であり、これに関する法規制の重点は經理權の範圍の確定および制限に置かれていますが、經理權と代理權の關係、商事代理と民事代理の本質的な差異については、最近になって始めて比較的明確な認識が現れました。⁽²⁶⁾さらに、代行商が代理商かどうかについては、争いがあるのみならず、現行法の規定も現代經濟生活を規律する必要から程遠いものであります。⁽²⁷⁾

要するに、私見では、債權編修正は契約法に関しては極めて限られた進展しかみせず、多くの修正は未だ第二次大戰前のドイツ學說から脱していません。債權編修正が台湾契約法の研究成果を反映したものであるならば、台湾契約法の研究には実にまだ多くの努力の空間が残されています。台湾の學術人口が限られており、従来から不法行為損害賠償を研究する学者が比較的多く、九〇年代以降は消費者保護立法に多くの債權法研究者のエネルギーが費やされ、伝統的な契約法理論の研究にはすでに余力が残っていません。ましてや九〇年代以降における國際契約法の統一への新動向に至っては、顧みる暇ありません。契約法が生活から

乖離すれば、台湾は、何によって經濟の發展を維持しうるのでしょうか。この興味深い問題は、契約法が存在する現代的意義は何であるかに関わっているように思われます。

(二) 契約法の存在する現代的意義

ごく抽象的にいえば、契約とは、双方の意思表示の一致により成立する法律行為であると解することはもとより可能です。しかし、実生活においては、契約の規範は取引の秩序にほかなりません。法律によって取引秩序を規律するとき、この種の法律はすなわち契約法なのです。

1 契約法の法源

契約法とは何か、法源論の観点からいえば、すなわち契約法の法源とは何か。日本民法は法源についての規定がありませんが、一八七五年の太政官布告一〇三号裁判事務心得三条は次のように定めています。「民事ノ裁判ニ成文ノ法律ナキモノハ習慣ニ依リ習慣ナキモノハ条理ヲ推考シテ裁判スヘシ」。⁽²⁸⁾台湾民法一条にも類似の規定があります。すなわち、「民事に関して法律に規定がないときは、慣習によ

り、慣習がないときは、法理による。」この規定は、あるいは法定債権の法源問題を解決できるかもしれませんが。しかし、いずれにせよ、契約法の法源は、同一の原則によることはできません。なぜなら、契約自由の原則に基づいて私的自治の原則の許容範囲内において締結された契約は、法的拘束力を有するからです。これは、「法に従って成立した契約は、当該契約の当事者にとって法律に相当する効力を有する」と定めるフランス民法一三四条一項が明らかにした契約法の基本原則です。有効に成立した契約が当事者間において法律に相当する効力を有すると認めるならば、当事者の約定は、契約自由の原則の許容範囲内において法源の地位を有し、いわゆる「契約の法」(lex contractus)となるということになります。

契約の当事者が約定により何かを請求したときは、契約が無効もしくは取消し等により効力を生じない場合を除き、裁判所は、当事者の約定を援用して裁判を行います。これがすなわち法による裁判です。伝統的法源論のいわゆる法律は、契約法の分野においては主として法的拘束力を有する約定を指します。当事者間に約定がなく、かつ、法律に任意規定があるときは、裁判官は、任意規定を援用して契

約の欠缺を補います。これも法による裁判であることはいうまでもありません。しかし、任意法規によって契約の欠缺を補う場合、契約の法源の優先順位においては、任意規定は契約の約定よりも下位にあります。強行規定は当事者の意思いかんを問わず強制的に契約関係を規制するものであり、契約の法源の優先順位においては契約の約定に優先します。裁判官は、強行規定があるときは、強行規定を優先して適用すべきであります。しかし、少なくとも商事契約法の分野においては、強行規定は少なく、当事者間に約定があり、約定の内容によって裁判が行われるのが一般的です。例外的に、強行規定があるときは、当事者の意思いかに拘わらず、強行規定を適用します。要するに、任意法規および強行法規は契約関係における客観的要素⁽²⁹⁾ではありますが、実際には、契約の約定(契約関係の主観的要素)は、契約自由の原則の範囲内における契約法の最も重要な法源⁽³⁰⁾なのです。

2 商人間契約における契約の法

商人間の取引においては、定型契約の使用は極めて頻繁であり、近年アメリカ契約実務の影響を受けて、契約の内容は

ますます詳細化の傾向を示しています。涉外要素のある国際商事契約はなおさらそうであります。当事者の約定の内容が完全無欠の状態に達し、任意規定による補充の必要もない契約は⁽³¹⁾いわゆる self-enforcing, self-executing or self-regulatory 契約であり、そのうえ、もし強行規定を適用する可能性も必要性もなければ、⁽³²⁾国家の実体法はその力を発揮する余地がなく、契約準拠法の確定も余計なことになります。さらに、商人間においていわゆる soft law または lex Mercatoria（商人法または国際商事慣習法）を援用することもよくあることであり、例えば信用状取引においては、当事者は広く国際商事委員会（International Commercial Chamber : ICC）の刊行する信用状統一慣例（Uniform Customs and Practice for Documentary Credits）を援用し、国際工事契約においては、FIDIC（国際コンサルティング・エンジニア連盟）⁽³³⁾の刊行する標準契約（The FIDIC Forms of Contract）を大量に援用し、これらのいずれの場合においても国家制定法が適用される機会は大幅に減っております。言い換えれば、国家制定法の任意規定の適用は、典型的契約または個別協議による詳細な契約による当事者の約定内容によって排除されているということです。たとえば契約に漏れがあつ

たとしても、任意規定による補充が必ずしも唯一の選択ではなく、契約の補充的解釈（terms implied in contract）、または成文の（soft law）もしくは不文の商事慣習が契約の解釈においてますます重要な役割を果すようになってきています。

3 消費者契約における契約の法

企業経営者（事業者）と消費者との間に締結される契約（消費者契約）における契約の法については、典型的契約による当事者の約定内容は依然としてもっとも重要な法源であります。しかし、典型的契約に関する法律の規制とともに、日に日に増大しつつある消費者保護規定の規制もあり、強行規定は消費者契約法の分野にますます重要な役割を演じるようになりました。ついでに付言すれば、台湾の消費者保護主管機関（消費者保護委員会）は多くの消費者典型的契約モデルを制定しているだけでなく、さらに台湾の消費者保護法一七条一項の規定に基づいて典型的契約に記載すべき事項と記載すべきでない事項を公告しています。⁽³⁴⁾典型的契約に記載すべきでない事項を記載したときは、当該条項は無効となり（同条二項）、記載すべき事項を記載

しなかったときは、記載すべき事項が契約の内容を構成するとされています（消費者保護法施行細則一五条二項）。この規定により、消費者契約関係に対する消費者行政の事前規制の機会は増大し、任意規定の適用の確率はさらに少なくなっています。

4 任意規定と強行規定の存在意義

契約法とは主権国家が契約を規律するために制定する任意規定と強行規定からなる法律と理解するならば、このような契約法は、強い法政策的性格を有し、経済的弱者を保護する必要がある分野、例えば労働契約法、不動産賃貸法（農地賃貸、宅地賃貸、家屋賃貸）、消費者保護法等において、その強行法的性格の故に積極的かつ重要な調整機能を發揮することができます。これに対し、任意規定の果たす役割は相対的にますます萎縮していくようになります。企業（事業者）が広く定型的契約を用いているだけでなく、国家以外の私的団体が制定するモデル契約・契約法原則等も当事者が援用することによって契約の内容となり、いずれも契約の欠缺の発生確率を減少し、任意規定の適用の余地を狭めます。しかも、商事取引の紛争は、当事者が恒常的

な取引関係に基づいて自主的に解決する可能性が高く、たとえ自主的解決が難しい場合であっても訴訟が必ずしも紛争を解決する唯一の途ではないから、これらの事情もあわせて紛争解決のための規範の性格に変化を生じさせています。仲裁人も法律によって仲裁を行わなければならないことになっていますが、仲裁人の認知する「法律」の範囲が裁判官と異なることはしばしばあります。

以上のように、現代において制定法の形式によって定められる契約法は消費者契約法の分野では干渉的性格がますます強まる一方、当事者の意思を補充する機能が軽減しています。消費者契約法の保護規定を民法の外に置き、民法典を契約法の一般原則の地位に置いてみると、任意規定が整っているか否か、またそれが実際に契約関係にどの程度の影響を及ぼしているかは、我々が想像しているほどのものではないのかもしれない。台湾民法債権編が修正を受けた後においても、少なからずの契約の規定は依然として経済的実態から乖離しており、裁判所の判例が極めて少ないにもかかわらず経済の発展に影響が生じていない原因がここにあるように思います。このような観点から、民法契約法の修正は必ずしも緊急性のあるものではなく、改正の

目的が民法を市民のためのものにするためであるならば、不法行為法の改正こそがより緊急性のあるものではないでしょうか。

（三）市民のための契約法？

債権法改正の対象が契約法であるならば、内田貴先生の言葉によれば、債権法改正は契約法を市民のための契約法⁽³⁵⁾たらしめるということを意味します。いわゆる「市民のための」とはいくつかの意味を含んでいるものと思います。第一に、日本民法をフランス民法のように読んでいて楽しくかつ分かりやすい読み物にしようとの趣旨があるかもしれません。第二に、民法は判例法を含めたあらゆる現行法を網羅し、市民がその他の法学文献を読まなくても現行民法を知ることができるという意味が含まれているかもしれません。第三に、日本の契約法を市民の契約を規律するための法にするという意味かもしれません。第三の意味、すなわち市民のための契約法という点については、市民は本当に現代契約法の規律対象であるのかという疑問があります。

1 契約法における人間像——抽象的存在としての人？

民商合一の立法例を採る台湾では、民法典以外に特別に商人のために制定された商法典は存在しません。形式的には、学説上のいわゆる商法（主として会社法、手形法、海商法、保険法の四法）はいずれも民事特別法であります。民法典の規律の主体は疑いもなく抽象的存在としての人であり、自然人にあつては年齢（未成年者または成年者）、性別（男女）、身分（市民または商人）等の区別がありません。このような抽象的な人の概念は、生身の人間からあらゆる可能な資格を抽出して構成されたものであり、出生から死亡までのすべての人を包摂することができます。性別・年齢・身分・職業に関係なく、権利能力を有し、少なくとも形式的には平等原則が貫かれており、ローマ法時代において奴隷を権利の客体とした等の現象から考えれば、その意義はきわめて大きいものがあります。言い換えれば、民法の自然人の概念は抽象的なものではありませんが、それでもなお倫理的な意義を失わず、法律科学によって極端に抽象化したことの産物としての法律行為の概念とは同一に語ることできません。

この抽象的ではあるがそれでもなお倫理的意義をもつ人の概念は、私見では、身分法にこそ最も適合しており、現代契約法の現実には必ずしも適合しているとはいえませんが、現代経済生活においては、営業的性格を有しない純然たる個人間（自然人間）の取引ももとよりよくみられますが、経済にとつての重要性という点では、営利を目的とする団体の参加する取引の比ではありません。例えば、不動産の売買・賃貸のような重大な取引は仲介業者の仲介によって成立するということは、どこでもみられる現象です。会社形態の団体が現代経済生活の命運を握っているということは紛れもない事実です。このほか、取引の参加者は民法の定める組合団体となることもでき、また自然人でも法人でもない非法人団体である可能性もあり、さらには独立資本または独立した専門職業者を内部に取り込んだその他の企業経営者（事業者）であることもありえます。純然たる個人の取引が経済生活における比重が事業者間の取引にはるかに及ばないのなら、引き続きこの種の取引を規律対象として想定することは、あたかも単独行為を法律行為の主たる規律対象として想定するかのようなことであり、実際に合わず、実際の生活からかけ離れたものになります。大

改革時代の立法活動において、立法者の想定する取引形態は、ある程度調整を施す必要があります。自然人は依然として契約法の主体ではありますが、これを唯一の主体として想定すべきではなく、契約法はむしろ企業（企業経営者、事業者）を主たる規律対象として立法化すべきです。簡潔に言えば、契約法の人間像は、必ずしも身分法とまったく同じではなく、またそうあるべきでもありません。

2 取引の法Ⅱ事業者契約の法

このような理解を前提としますと、ドイツが一九九七年「遠距離取引指令」⁽³⁶⁾の転換を契機に二〇〇〇年に民法に企業経営者（Unternehmer）の定義に関する一四条を追加し、あるいは日本改正試案【1. 5. 07】が民法典に事業者の定義の新設を提案していることは、いわゆる人の概念の単なる拡張ではなく、むしろ契約法の一大改革時代の到来を告げるものであります。⁽³⁷⁾すなわち、契約法は、もはや抽象的な存在としての人、営業的性格をもたない純然たる自然人を規律の対象とするものではないことを宣言したものであります。もちろん、ある意味において、事業者の概念は消費者の対立概念として生まれたものであり、少なくともEU契

約法の発展において事業者（企業経営者）の概念は消費者保護立法の産物であることは間違いない。したがって、ドイツ民法における企業経営者の定義は三条の消費者の定義のすぐ後ろに置かれており、日本における事業者の定義も消費者契約法二条二項に定められており、同条一項の消費者の定義の後ろに置かれています。しかし、これらの立法は同時に現代の取引における事業者のとして代わることのできない地位を確認したものともいえましょう。

契約法の規律対象が事業者の参加する取引であるべきだとするならば、民法の中の契約法が契約の一般法原則（契約法総論）としてその想定する規律対象は、純然たる個人間の取引ではなく、むしろ事業者間の取引であるべきであります。事業者を契約法の主たる規律対象とすることは、立法者が心のなかで思い描く規律対象の問題であって、法律の条文においてとくにこれを表明する必要はありません。言い換えれば、契約法の中に、企業間の取引に関する特則を設ける必要はありません。逆に、個人間の取引に関して立法者が特別の規定を設ける必要があるときに、特別の規定を設けるべきです。消費者契約の法規範は、当事者間に存在する構造的な不平等との理由から特別の規定を

設ける必要があり、多くの場合消費者を保護する特別の規範目的をもっています。この意味において、これは一般契約法原則ではなく、日本や台湾のように特別法を制定するか、あるいはドイツのようになるべく民法典の中に取り込むかは立法の選択に過ぎません。民法が市民のためにあるという観点に立つて、かつここにいる市民を報告者のような一介の庶民として理解するならば、消費者契約法の法原則を当然民法典の中に取り込んで、市民に自分たちに密接な利害関係を有する消費者契約法の原則を知らしめるべきこととなります。

事業者（企業）間の比較的規模が大きく、かつ、継続的な取引関係をもつ取引については、契約の欠缺を補充する任意規定の機能はほとんど發揮される余地がなく、契約法各論の中に強行規定も少ないことから、事業者間の取引における契約類型の決定は問題解決の唯一のカギというわけではありません。しかし、契約法総論の一般契約法原則の中には、十分に契約関係の内容を調整または規制することのできるものが定められています。そのうち最も重要なものは信義則であります。信義則と契約（合意）の尊重とのバランスをどう図るかは、各国の法律文化に差異があり、

実践上も当然異なる様相を見せることがあります。例えばイギリス法では、契約の解釈にあたっては当事者の意思および利益をより重視し、努めて取引の安定性と予測可能性を確保しようとしています。これに対し、ヨーロッパ大陸諸国では、契約正義を重視し、北欧諸国の契約法はドイツ法よりもさらに公平性および合理性を意識します⁽³⁸⁾。しかし、信義則は強行規定であるため、当事者によってその適用を排除することが許されず、たとえ一国の経済力に匹敵するほどの多国籍企業または国内の大企業であっても、民法の契約一般法原則または強行性をもつ規定は等しく適用されなければなりません。契約法が事業者契約関係を規律するもう一つの重要な意義は、契約法を契約の一般法原則として詳細な契約条項を定めて自己を保護しようとするに不得手な中小企業・専門職業技術者にも適用することができ、このような場合、契約法の任意規定は行為規範としての機能をよりよく發揮し、契約の欠缺を補充することができるという点にあります。

ドイツの企業経営者の概念、日本の事業者の概念は、商人の概念よりも広く、商人のなす取引行為は当然事業者の取引行為に包摂されます。民法の契約法が事業者契約法に

改編されることになれば、商事取引を規律対象とする商行為の規定はもはや存在の意義を失います。双方商行為の概念は事業者間取引の概念によってとって代えることができ、一方、商行為は消費者契約の中に吸収し、商法典の商行為編における複雑な特別規定は必要なくなります。日本商法典総則に定められる商業登記、商号は、台湾では「商業登記法」を制定してこれを規律し、商業帳簿は会計に関わることから、「商業會計法」において規定すれば事足ります。商業使用人および代理商については、私見では、もともと肝心な問題は代理権（商事代理）をいかに規律するかであり、商業主体間の契約関係は民法上の委任または労働法上の労働契約の問題であり、別に規定する必要はないと考えます。第三編の海商編については、台湾のように「海商法」を制定すれば、日本商法典は完全に解体することができます。

3 改正試案の規律対象の主体

以上の見解はあまりにも奇抜天外であって、商法典を有し、民商分離の伝統を誇りにしている国にとっては当然受け入れ難いものでしょう。ヨーロッパ大陸法系の民法学者は抽象的な思考に拘り、つねに自己の思考を一般法原則に

まで高めようと努め、したがって民法における契約法の適用対象の主体は抽象的な人でなければならず、商行為や事業者の行為を規律する必要があるときは、民法の中に、または民法の外（例えば商法）に特別規定を設けて対応すべきであると考えなのです。

ドイツは、二〇〇二年に債権法の現代化によりEU消費者契約に関する指令を民法典の中に取り込んだため、現行ドイツ民法には消費者売買、消費者貸借の規定などのように消費者契約に関する特別規定が多くありますが、ドイツ民法における契約法は一般法原則であるため、当然、企業者間の契約（双方商事契約）にも純然たる個人間の取引にも適用があります。それ故、私の知る限り、企業者（事業者）間契約または個人間契約に関する特則はあまり存在しないのであります。しかし、改正試案は、消費者契約に関する特則（[1. 5. 18] および [1. 5. 19]）を定める一方、事業者間契約についても特例が設けてあります（[3. 1. 1. 77]〈3〉）。このように、検討委員の心の中で想定されている主体は、事業者でもなければ、消費者など普通の市民でもありません。債権法改正後の契約法の規律対象たる取引は純然たる個人間の取引を主とするものようです。現代

生活における純粋な個人間の取引の重要性が事業者の参加する取引に遠く及ばないならば、民法はその「市民」的な純粹血統を維持することができるとしても、大して重要でない法律に成り下がることにはならないでしょう。

（四）土着化のための契約法改正と国際化のための契約法改正

オランダの *Smits* 教授は、一九九二年のオランダ新民法と二〇〇二年のドイツ債権法現代化とを比較した時、両国の債権法修正に共通する二つの動機に言及しています。もっとも重要な動機は再法典化の考えであり、もう一つの改正理由は両国とも法律の改正を通じて他の国にモデルを提供しようとしたことです。³⁹⁾このような動機は日本債権法改正試案の関連文献には見出せませんが、日本にも暗黙のうちに同様の心理が働いているといってもあながち間違った推測ではないでしょう。債権法改正を国際基準に合わせるとは、逆に国際的な目線を日本に向かわせ、日本の債権法改正をモデルとし、日本に学ばせることであり、日本が変身して国際化に迎合することではないと理解することもでき

ます。このような方向での債権法改正は、土着化のための契約法改正と称することができるとはできません。

私の初歩的な理解では、改正試案のうち世界に学ぶ（国際化のための契約法改正）のは、契約法のもつとも核心的な部分であり、債務不履行または契約違反（履行障害）がこれに当たります。⁽⁴⁰⁾ ドイツの法律行為論の部分（契約の成立と効力発生）および債権の一般法原則の部分を含むその他の改正は、土着化のための契約法改正とみることができません。聞くところによると、日本の学界では、改正を国際基準（契約法統一文書）に合わせる必要があるか否かについて、多くの人が疑問をもっているといわれます。⁽⁴¹⁾ 台湾の債権編修正にはこの種の問題はまったく存在しません。台湾の法改正の時は、多くの国はまだ国際契約法統一の趨勢を意識しておらず、また台湾は、国際的な立場上、契約法統一立法に参加することができず、国際化の雰囲気を感じずともできません。それゆえ、台湾の債権編修正は土着化のための債権法改正であり、必要な補修を施すほかに、いくつかの小部屋を増築した（有名契約の増設）に過ぎません。日本債権法の改正はいままでにない新局面を迎えており、何を頼りにして何処へ向かうのかは部外者の私が勝手に論

評すべきことではありません。人によっては、日本は法律のグローバル化の推進者になろうとするなら、世界各国が日本に学ぶべきであり、したがって日本の債権法改正は土着化の結果に基づいて法律のグローバル化の推進力となるべきだということかもしれません。しかし、私見では、契約法の核心的な部分については国際基準に従うことを選択する以外に日本にとってその他の選択はもはやありません。商事取引契約の条項は深くアメリカ法文化の影響を受け、国際商事契約書のほとんどが英文で書かれているだけでなく、英米法の法律用語が広く使われています。たとえ自己の状況に応じた仕立ての契約書であっても、契約書の作成に当たっては相互に参照することが多く、契約の実務においては詳細な条項によって契約関係を規律するアメリカ式契約実務が支配的であり、英米法の法律概念および法準則が知らずのうちにヨーロッパ大陸法系の国の契約実務に浸透していったのであります。純粹な国内取引においても、*leasing*, *factoring*, *franchising*, *time-sharing* などのアメリカ由来の新しい取引形態（ドイツ人はこれを *moderne Vertragstypen* と呼んでいます）の影響で、必然的に始めからアメリカの契約文書をモデルとせざるを得ず、英米法の契約実務は契

約類型論を伝統とするヨーロッパ大陸法系の国にも侵入してきたのであります。契約法の主たる法源は、すでに述べたように、当事者の約定であって国内制定法ではありません。アメリカ輸出の契約実務が公の秩序または善良の風俗違反等の無効原因に抵触しない限り、大陸法系の国々もこれと平和共存を図り、国内契約法体系の中に取り込んでいくほかありません。また、アメリカの法律覇権が強大であるため、何の歯止めもなくそれによる国内契約法体系への侵入を座視するよりは、むしろ問題を国際会議の卓上に載せて、大陸法系の法的観点を提出して、調整と妥協によって皆にとつて受け入れることのできる解決法を探り出していくほうがよいでしょう。CISGは、これまでのところもっとも重要かつ成功した国際条約であり、国内契約法改正時には、契約法のコア部分について、このような国際ルールを拒んでも、結局のところ、アメリカの契約法文化が契約条項を通して自国の契約法体系に影響を及ぼすのを阻止することはできないでしょう。

四 債權法改正の特色

ドイツ民法の思考法に慣れ親しんだ台湾の民法学者にとつて、債權法改正試案の以下のいくつかの提案は、示唆に富んでいてきわめて興味深いと思います。

(一) 合意重視

まず、改正試案は合意の拘束性を強調している点が挙げられます（合意重視⁽⁴⁹⁾）。このことは、当事者の約定から出発するのではなく、従来から法律の条文によって契約問題を解決することしか知らない台湾の法律家にとつて大きなショックでありましょう。現代の取引においては、典型的契約条項の使用が常態となっており、契約の欠缺の確率が大きく減少しているだけでなく、取引上の典型的な無名契約も随所に見られます。契約の紛争解決が制定法を待たなければならぬとすれば、問題の解決はおぼつかないでしょう。個人的な経験によれば、契約紛争の多くは契約条項の解釈に関わっており、契約に明示の定めがなくても、しば

しは契約の補充解釈または terms implied in contract を通じて解決することが可能です。実務指向の強い英米契約法において、契約の解釈原則が非常に発達しているのも理解したいことではありません。

このほか、私が日本の文献に接して感じるのは、約束を守ることはもともと日本の伝統的な権利義務観念であるという点であります。日本の学説は事情変更の原則も承認しているけれども、事情変更の法律効果は契約の解除または改訂に限られるとされており、実務上の事例もそう多くありません。⁽⁴³⁾台湾の実務において事情変更原則が頻繁に適用されるのとはまったく異なり、これは契約を尊重する日本の伝統と関係があるかもしれません。また、贈与契約の効力に関する日本民法五四九条の規定（贈与は、当事者の一方が自己の財産を無償で相手方に与える意思を表示し、相手方が受諾することによって、その効力を生ずる。）⁽⁴⁴⁾は、有償契約と無償契約の法的拘束力を同等とするわが国の学者にとっては当然のことであります。しかし、ヨーロッパ諸国においては、ほとんど例外なく、贈与の無償性に着目して、軽率に贈与しないように贈与人を保護するため、贈与を要式契約としています。これに対し、日本民法は、贈

与は完全に好意に基づいて行われるものとは限らず、多くの場合道徳上の義務により行われることに着目し、先進的な立法例を採用し、贈与を諾成契約と規定し、法定的方式によらずに効力を発生するとしています。⁽⁴⁵⁾これも同じ出发点に基づくものといえましょう。この点において、かつての海上覇権のイギリスの契約法が従来から約定の法的安定性を重視しているのと共通点を有しているようにみえます。海に囲まれた日本は、取引の安定を重視しなければ、何故に海の上に立国が可能となりましょう。今回の債権法改正は当事者の合意を重視しているとの指摘がありますが、⁽⁴⁶⁾私見では、これは世界契約法の趨勢だからというだけでなく、約束を重視する日本人の法意識に根ざしたものであり、これ自体債権法改正の基本的価値判断であり、指導原理でもあります。

(二) 契約相対性原則の突破

次に、改正試案は、契約相対性原則を突破した点において、ドイツ民法よりもさらに先へ進んでいるようです。フランスから継受した債権者代位権はすでに日本に深く根を

おろしており、検討委員会準備会は当初これを廃止しようとしたが、最終的には断念せざるをえませんでした。⁽⁴⁷⁾しかし、現行法債権者代位権制度（四二三条以下）の運用において、債権者は債務者と第三債務者との債権債務関係に介入することができ、かつ、債務者は適法な代位権行使の事情を知ったときは処分権を失うとされています。⁽⁴⁸⁾私見では、これは、すでに契約相対性原則に対する重大な違反であり、債務者の憲法上の自己決定権を侵害するものか否かについて大いに議論の余地があると思います。改正試案は、あらゆる知恵を絞り、債権者平等の原則に対する衝撃を柔げようと試みました。これは、日本法制を継受した台湾（台湾民法二四二条）にとつてきわめて参考価値のあるものであります。さらに進んで、改正試案は、いわゆる代位権転用型以外の直接請求権型について、質貸人と転借人との法律関係（[3. 2. 4. 19]）、注文者と下請人との法律関係（[3. 2. 9. 10]）、委任者と複委任者との法律関係（[3. 2. 10. 06]）において、積極的に直接請求権規定の新設を提案し、⁽⁴⁹⁾勇気をもって契約相対性原則のタブーを破ろうとしています。

（三）二当事者関係の契約構造からの脱却

部外者にもっとも目を見張らせる改正意見は、二者関係の契約構造から脱却するための改正であります。民法における伝統的な契約関係は、二者相対する関係の構造のうえに成り立つものであります。これは、契約法の設計が財貨・物の使用またはサービスの交換契約を主要対象としているからであり、団体法の色彩の強い組合を別とすれば、契約は二者関係の存在を前提として考えるほかありません。伝統的契約法の当初の設計は、分業化の進展による契約の細分化の現象——例えば、銀行を介して非現金支払い方式により金銭債務を弁済すること、他人が信用を授与することによって商品またはサービスの販売を促進すること——を十分に考慮したものではありません。ましてや現代取引におけるゴルフクラブ会員契約や加盟店契約のような、集団的取引の出現は予想していなかったでしょう。これらの契約は、成立の時点で一方の当事者が同様の取引条件で不特定多数の人と契約を結ぶことを予定しています。この種の現代的取引形態については、改正試案は独創的な見解を

示しています。

1 多数当事者型継続的契約

多数当事者型継続的契約に関する提案【3. 2. 16. 17】は、私見では、債権法改正のもつとも示唆に富み参考価値のある提案の一つであると考えています。しかし、公平に取り扱うという原則を行為義務の内容として民法に導入することが自由競争の原則とバランスを取るのかについては、さなる観察が必要であります。

2 一人計算

同じように外国人の注目に値するもう一つの独創的な点は、「一人契約」によって伝統的な交互計算をとって代える案であります（第三章第四節）。なぜヨーロッパにおいて中古の時代から商事取引の必要に基づいて発達してきた制度が日本の産業界において意識的に利用されてこなかったのかについては、あるいは法社会学の観点から研究してみる価値がありそうです。一人契約は、多数当事者間における多数債権債務関係集団の決済制度であります。現代的商事取引において、この種の事例は珍しいものではありません。

多くの場合、契約および商慣習によって運用されています。改正試案の提案は、典型的な商事取引制度を民法の中に規定することであり、商法典商行為編が必要ないことのもう一つの証左といえましょう。

3 複数契約

さらに、同一の当事者間で締結される密接な関連のある数個の契約（複数契約）についても、検討委員会は、無効（【1. 1. 50】）、解除（【3. 1. 1. 81】）等の面からトータルな解決案を設計しています。複数契約の解除については、試案は、とくに同一当事者間で締結される複数契約に限定している点において、複数契約の無効についてこのような限定を設けていないのとは若干の違いがあります。この違いについて、特別な理由があるか否かは私には知る由がありません。抗弁の接続の準則（【3. 2. 6. 10】）を承認するならば、消費者は、供給契約関係から生じる抗弁を援用して消費貸借の貸主に対抗できるはずであります。そうならば、なぜドイツ民法三五八条一項（消費者は、企業経営者による商品またはその他の給付の提供契約に関する意思表示を有効に撤回したときは、当該契約に結合する消費者金銭貸

借契約の意思表示の拘束を受けない。」に倣って、複数契約の解除の適用対象を異なる契約当事者間にも拡大し、密接に関連のある契約の一つ（供給契約または消費貸借契約）の解除によって他の契約（消費貸借契約または供給契約）にも解除の効力を生じさせることにしなかったのでしょうか。この点については再評価が必要かもしれません。

（四）フランス法系とドイツ法系の調和

契約法は、取引を秩序付けるものとして国際的性格を有し、不動産を客体とする取引を除けば、世界共通性が高く、土着的性格の強い物権法や身分法とも、高度に法政策的性格の強い不法行為法とも異なります。したがって、理論的にはフランス債権法を選択しても、またはドイツ債権関係法を継受しても、実際の結果において大きな差異がないかもしれません。しかし、私の極めて皮相的な観察によれば、日本債権法の発展においては、つねにフランス民法とドイツ民法の異なる解決モデルが解釈論にもたらす影響に悩まされてきたように思います。両者の違いは、契約法自体に存在する場合があります。例えば、債務不履行責任と契約

の解除については、ドイツとフランスはいくつかの顕著な違いがあります。しかし、多くの場合、違いは、債権法以外の法律規範構造の違いに起因しています。中でも、法律行為による物権変動について、フランスとドイツが異なる原則を採用したことが、債権法の運用にきわめて大きな影響を与えています。売買契約の成立が物権の変動をもたらすかについて、もつとも顕著な違いがあります。⁽⁵²⁾ 物権変動についてフランスモデルを採用する日本は、売買契約の規範モデルについてもフランスの立法例を採用せざるを得ません。⁽⁵³⁾ このほか、不法行為法の構造の違いも、不法行為責任と契約責任の関係に異なる様相をもたらし、契約締結上の過失責任の位置づけにも違いをもたらしています。⁽⁵⁴⁾ さらに、消滅時効の体系および法律効果の違いから、債権と請求権の関係に関する解釈の違いが生じ、自然債務の概念が必要か否かについても影響があります。⁽⁵⁵⁾ フランス民法の代理は委任によって生じますが、代理と委任とを厳格に区別するドイツ法とは異なります。⁽⁵⁶⁾

ここに挙げたドイツ民法とフランス民法の差異は、台湾の債権法に対して解釈論上の困惑をもたらすことはありません。なぜなら、台湾民法債権編は、ドイツ法を手本とし

て制定され、債権者の代位権を除いて、台湾はフランス民法の血統を受け継いでいません。日本民法はそうではなく、財産法の制定に当たってはフランス民法の影響を大きく受けましたが、学説は民法制定後の相当長い期間にわたってドイツ民法の学説を継受してきました。これにより、ドイツ民法とフランス民法の二大勢力が日本民法の中でぶつかり合うことになったのであります。多くの問題は判例法によって解決されますが、学説の対立は多くの場合ただフランス法またはドイツ法のどちらかの立場を採ったかによって生じます。債権法改正がどのように立法によって最終的に決着を付けるかということも、我々部外者の注目するところであります。

五 結 び

日本債権法の改正が国際または東アジア契約法のモデルとなりうるか否か、結論を出すのは時期尚早でしょう。債権法改正基本方針が完成し公表されたことで、改正へ向けてきわめて重要な一步を踏み出しました。二〇〇九年一月二四日、法務省法制審議会民法（債権関係）部会是第一

回会議を開き、検討委員会委員長の鎌田薫先生を部会長に選出し、早ければ二〇一二年にも国会へ改正法案を提出し、場合によっては可決成立するかもしれません。検討委員会が設置されるや否や日本民法学界に波紋を引き起こし、各界がその議案に注目し、改正方針が公刊されると、すぐにその内容を紹介する多くの著書が刊行され、あたかも大勢が定まったかの観があります。この勢いからすると、法務省が債権法に関する法制審を正式にスタートさせれば、より一層広範かつ白熱した議論を引き起こすに違いありません。今後の方向として、検討委員会改正試案の提案が実現するのか、それとも仕切りなおしてゼロから再スタートするのか、見守っていくほかありません。

台湾の民法学界および実務界の債権編に対する関心の程度は日本に遠く及びません。個人的な印象では、台湾政府の修正草案が決定されるころになってようやく学者が注意を向けるようになり、修正成立後においても、債権編修正に関する論文の多くは修正内容を紹介する程度のものであり、もっとも影響を受けたのは教科書の改訂なのかもしれません。債権編の修正は、債権法体系の構造および基本原理に重大な変更を加えることもなく、実務に大きな衝撃を

もたらずこともありませんでした。修正のうち学説及び実務の注目を集めたのは不法行為に関する部分が多く、契約債務不履行の構造は三分法をそのまま維持し、契約締結上の過失については明文化したものの、実務判例が少なく、学界も債権編修正によって世界契約法の趨勢に対する認識を深めたわけではありません。これに対し、日本の債権法改正のプロセスそれ自体が日本の債権法を換骨奪胎させ、大きく前進させる勢いを見せています。日本では、初期のドイツ民法継受から判例法研究を中心とする土着化の時期を通じて、債権法の発展は基本的に解釈論の範囲内に限られていました。債権法改正は、現行法の枠組みから脱却しようとし、そのために自由闊達な学術討論が行われています。民法関係諸法の制定過程にある中国においても同じように、中国民法に関して未曾有の討論が引き起こされ、それによって民法学界の水準が大きく高められ、その視野が広げられました。日本の債権法改正も民法学界に自己点検と反省の機会を提供し、法学のさらなる深化を促進することができそうです。

* 一九六一年台湾台北市生まれ。台湾大学法学士、法学修士、ドイツミュンヘン大学法学博士（博士論文「Die indirekte Bankgarantie

im ausserwirtschaftsverkehr」(国際貿易における間接銀行担保)。
二〇〇三年より国立台湾大学法律学院教授。

本稿は、二〇一〇年七月九日に明治大学大学院法学研究科の特別講義(責任者・長坂)において行った報告に加筆修正を加えたものである。

なお、台湾民法典の改正状況に関しては、西英昭「台湾における現行民法典の特徴」ジュリスト一四〇六号(二〇一〇)九四頁以下参照。

** 流通経済大学法学部教授

注

(1) 判例タイムズ二一八号(二〇〇九)。

(2) 円谷峻編『社会の変容と民法典』(成文堂、二〇一〇)「まえがき」参照。

(3) 陳自強「欧州契約法発展之最新動向」月旦法学雜誌二〇一〇年六月号。

(4) 吉田邦彦「近時の『民法改正』論議における方法論的・理論的問題点」ジュリスト一三六八号(二〇〇八)一〇六頁。

(5) 陳自強「台湾民法の百年・財産法の改正を中心として」北大法学論集六一卷三号(二〇一〇)参照。

(6) Jan M. Smits, *The German Schuldrechtsmodernisierung and the New Dutch Civil Code: a Study in Parallel*, 2008, Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=1240562>, p. 4.

(7) 陳自強「法律行為・法律性質与民法債權編修正(上)」台湾本土法学雜誌五号(一九九九)二頁。

- (8) Jan M. Smits, *supra* note, p.5.
- (9) 内田貴『債権法の新时代——債権法改正の基本方針』の概要(商事法務、二〇〇九)一八頁。
- (10) Schweizer, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Aufl., Bern 2006, S. 202.
- (11) 我妻栄・有泉亨・清水誠・田山輝明『我妻・有泉 コメンタール民法——総則・物権・債権(第三版)』(日本評論社、二〇〇八)九七六頁。
- (12) これに関して、陳自強「法律行為、法的性質与民法債編修正(上)」台湾本土法學雜誌五号(一九九九)一三一—一八頁参照。
- (13) 民法(債権法)改正検討委員会編『債権法改正の基本方針(別冊NBL二二六号)』(商事法務、二〇〇九)一〇九頁。
- (14) 日本民法は、売買に関して予約の規定(五五六条)があるほか、五八九条も消費貸借の予約の効力を認めていることを前提とする規定である。
- (15) 広中俊雄『債権各論講義(第六版)』(有斐閣、一九九六)一〇九頁。要物契約の概念と代物弁済の要物性については、陳自強『無因債権契約論』(学林、一九九八。簡体字版、中国政法大学出版社、二〇〇二)三一五頁以下参照。
- (16) 前掲注(13)三三三、三三九頁。
- (17) 我妻栄『新訂 債権総論』(岩波書店、一九六四)一五〇頁。修正前の旧二二七条は、「債務者が給付をしないか、または完全な給付をしないときは、債権者は、裁判所に強制執行を申し立て、あわせて損害賠償を請求することができる。」
- (18)
- (19) と規定する。ここにいう「完全な給付をしない」が不完全給付であるか否かについては、学説上争いがある。王沢鑑『不完全給付の基本理論 民法学説与判例研究・第三冊』(一九八一)六五頁以下参照。
- (20) ドイツ民法二五三条二項は、「身体、健康、自由および性的自己決定を侵害されたことにより損害賠償を請求する者は、非財産上の損害についても公平な金銭的賠償を請求することができる。」と規定し、もともと不法行為法にあった規定(八四七条)を債権総則の損害賠償一般規定に移し、契約義務違反および危険責任に基づく上述の権利侵害についても非財産上の損害賠償を請求することができるようにした。vgl., Jauernig/Teichmann, 12. Aufl. 2007, §253 BGB, Ann 1.
- (21) 円谷峻『新・契約の成立責任』(成文堂、二〇〇四)九七頁以下。
- (22) 平井宜雄『債権各論I——契約総論』(弘文堂、二〇〇八)一一九頁参照。
- (23) 王澤鑑『債法原理(一)』(一九九九)二六七頁。
- (24) 処理協力義務違反は債務不履行責任を負わなければならないというのが通説である。劉春堂『債各(下)』(二〇〇五)二二頁参照。
- (25) 台湾の債権編各種の債権には、ドイツの立法例(第二三節 Anweisung 第七八三条以下、第二四節 Schuldverschreibung auf den Inhaber 第七九三条以下)に倣い、指図証券(第二〇節第七一〇条以下)と無記名証

- 券（第二一節第七一九条以下）に関する規定があるが、両者の法的性質が契約か単独行為かについて争いがあり、契約説を採るなら、台湾債權編各論は各種の契約に関する規定であるということになる。日本民法にはもともとこのような単独の章節が設けられておらず、ただ債權の譲渡に関して指図債權、無記名債權の譲渡を規定しているに過ぎない（現行日本民法四六九―四七三条。改正試案では、債權譲渡の後ろに有価証券（第五章）を増設するよう提案されている。
- (25) これにつき、陳自強「德國消費貸借之修正与債法之現代化」台湾大学法学論叢三七卷一号（二〇〇八）三三七頁以下参照。
- (26) 陳自強『代理權与經理權之間、民商合一与民商分立』（元照、二〇〇六）一三六頁以下。
- (27) 陳自強「從歐盟及德國代理商法看我国民法之代辦商」政治大学法学評論二〇一〇年。
- (28) 兄玉寛「慣習論」内田貴・大村敦志編『民法の争点』（有斐閣、二〇〇七）六三頁。
- (29) 約定債務関係における主観的・客観的要素につき、Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band I, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., 1987, S.77.
- (30) 陳自強「國際商事契約通則在契約法源之地位」台湾大学法学論叢に掲載予定。
- (31) Mallmann, *Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardbedingungen*, München: Beck, 2002, S. 47 bei Fn. 257.
- (32) 商事契約の実務上、利息に関する強行規定はもとより重要であるが、最も重要であり、かつ、最も脅威的な強行規定は消滅時効においてほかにないだろう。信義則も強行規定ではあるが、各国における信義則の効力は必ずしも同じではない。
- (33) FIDIC 契約モデルの法的地位につき、陳自強「FIDIC 工程契約範本在契約法源之地位」参照。
- (34) いずれもウェブサイトで参照可能。モデル契約につき、<http://www.cpc.gov.tw/contract.asp?NoticeType=1175> 記載すべき事項と記載すべきでない事項につき、<http://www.cpc.gov.tw/contract.asp?NoticeType=1176>。
- (35) 内田・前掲注（9）六頁以下。
- (36) Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts.
- (37) 内田・前掲注（9）二〇頁参照。
- (38) つれに、Moss, *International Contracts between Common Law and Civil Law: Is Non-state Law to Be Preferred? The Difficulty of Interpreting Legal Standards Such as Good Faith*, *Global Jurist*: Vol. 7: Iss. 1 (Advances), Article 3, at p. 4, 14 (2007).
- (39) Jan M. Smits, *supra* note, p. 4-5.
- (40) 試案と國際動向との調和に関する提案につき、野澤正充「民法（債權法）の改正の意義と課題」法律時報八一巻一〇

号(二〇〇九)五—六頁参照。

- (41) 例えば売買物の瑕疵担保と債務不履行の關係について債権法改正を國際潮流に合わせるべきかをめぐり、学説はかなり疑問を示している。野澤正充編『瑕疵担保責任と債務不履行責任』(日本評論社、二〇〇九)一一頁。

- (42) 内田・前掲注(9)四四頁。例として試案【3. 1. 3. 50】の合意による債権時効の起算点および期間の変更が挙げられている。しかし、台湾民法の観点から、この改正案はむしろ消滅時効の規定に強行性があるとする法原則を打ち破るものといえよう(台湾民法一四七条、ドイツ民法二〇二条)。

- (43) 大判昭和一九・一二・六民集二三卷六一三頁、山本敬三『民法講義Ⅳ—2契約』(有斐閣、二〇〇五)一〇二頁。

- (44) Medicus, SBT, 6. Aufg., 1993, §86 III, S. 86.

- (45) 来栖三郎『契約法』(有斐閣、一九七四)二三〇頁。

- (46) 内田・前掲注(9)四四頁参照。

- (47) 内田・前掲注(9)一一四頁。

- (48) 大判昭和四・五・一六民集一八卷五五七頁、最判昭和四八・四・二四民集二七卷三三五九六頁参照。これに対し、改正試案【3. 1. 2. 06】は債務者が訴えの告知を要件としている。

- (49) 台湾民法五三九条は、スイス債務法三九九条の規定を継受し、次のように定める。「受任者が第三者に自己に代わって委任事務を処理させたときは、委任者は、その第三者に対して委任事務の履行に關し直接請求権を有する。」(複委任につき、陳自強「複委任之概念」『私法学之伝統与現代』(中

林誠二教授六秩華誕寿論文集』(二〇〇四)一五五頁以下)。

- (50) 交互計算の差額承認につき、陳自強『無因債權契約論』(学林、一九九八。簡体字版、中国政法大学出版社、二〇〇二)二二一—二三一頁。

- (51) 内田・前掲注(9)一三四頁。

- (52) 台湾民法はドイツ民法の不動産登記と動産交付主義(七五八、七六一條)を採用しているのに対し、日本民法はフランス法の意思主義を採用し、一七六条において明文で物權の設定および移転は当事者の意思表示のみによって効力を生じると規定し、不動産物權の登記は單なる對抗要件に過ぎない(一七七條)。

- (53) 日本現行法の瑕疵担保規定は、少なくとも文理上は、ドイツ民法とは相当遠く離れており、フランス民法に比較的近いようである。しかし、物の瑕疵担保理論の發展の初期においては、主にドイツの学説を継受していた。日本の学説論争を概観したものとして、野澤・前掲注(41)二—一〇頁。

- (54) ドイツ民法の一般不法行為は三つの概括条項(八二三條一項、二項および八二六條)から構成され、原則として絶対權のみを保護するといわれている。これに対し、フランス民法は一つの概括条項しかもたず、保護法益も絶対權に限定されない。

- (55) 日本現行法のもつて、契約締結上の過失を理由とする損害賠償責任の法的性質については争いがあるが、改正試案は時効の統一【3. 1. 3. 4】および補助人の責任【3. 1.

1. 11) を定め、法的性質の論争には触れていない。前掲注(13) 九七頁参照。

(56)

試案【3. 1. 4. 03】は、債權時効の期間満了の効果について甲案（權利逕及消滅説）と乙案（抗弁權發生説）を併記している。前者はフランス、後者はドイツの立法例である。

(57)

陳自強『代理權与經理權之間、民商合一与民商分立』（元照、二〇〇六）七一頁。意思による代理權の發生原因については、日本民法の解釈上、ドイツの影響を受けて単独行為説を採るものもあれば、フランスの委任契約説を採るものもある。改正試案は、代理權授与行為の法的性質に関する学説の争いは實際の結果に影響しないとしている。前掲注(13) 四一頁参照。